

RECURSO DE CASACIÓN - PENA - INDIVIDUALIZACIÓN - FACULTAD DISCRECIONAL
 - ESTÁNDAR DE REVISIÓN - MENORES - SENTENCIA DECLARATIVA DE
 RESPONSABILIDAD - ALCANCE.

SENTENCIA NUMERO: TREINTA Y DOS

En la Ciudad de Córdoba, a los tres días del mes de marzo de dos mil once, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "D.,S.A p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. –Recurso de Casación-" (Expte. "D", 23/08), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal del 22º turno, Dr. Esteban Rafael Ortiz, en favor del imputado S.A.D., contra la Sentencia número diecinueve del cuatro de julio de dos mil ocho, dictada por la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es arbitraria la pena impuesta?

2º) ¿Qué resolución corresponde adoptar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por Sentencia nº 19 del cuatro de julio del año dos mil ocho, la Cámara en lo Criminal de Octava Nominación de esta ciudad resolvió -en lo que aquí interesa-: "...IV) *DECLARAR que SAD, ya filiado, es autor penalmente responsable de los delitos de HURTO CALIFICADO POR ESCALAMIENTO EN GRADO DE TENTATIVA (hecho único del requerimiento fiscal de fs. 180/181 y primero de la presente) -CP. arts. 45, 163 inc. 4to y 42- y de ROBO CALIFICADO POR USO DE ARMA Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL CALIFICADO (hecho único del requerimiento fiscal de fs. 93/99 y segundo de la presente), en concurso real (CP. Arts. 45, 166 inc. 2, 119 cuarto párrafo letra "d", -segundo supuesto- en función del tercer párrafo y 55), todo en concurso real (CP art. 55) e imponerle*

para su tratamiento penitenciario la pena de NUEVE AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, con adicionales de ley y costas (arts. 5,9, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP y arts. 412, 550 y 551 del CPP)...” (fs. 231/243).

II. El Sr. Asesor Letrado, Dr. Esteban Rafael Ortiz, fundando técnica y jurídicamente la voluntad recursiva de su asistido, SAD (fs. 245), interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada en autos, invocando el motivo formal previsto por el inc. 2° del art. 468 del CPP (fs. 247/251).

Alega que la resolución es arbitraria en cuanto a la pena impuesta toda vez que en su individualización el *a quo* erróneamente equiparó una declaración de responsabilidad del imputado cuando era menor, por la cual se lo sometió a tratamiento tutelar sin imponérsele pena, a una condena anterior.

Afirma que ese antecedente es de aquellos "no computables" para el sistema penal de conformidad a una interpretación sistemática de todo el orden legal en armonía con los actuales criterios tuitivos sobre los menores en conflicto con la ley penal y que encuentran sustento en el plexo normativo constitucional. Recuerda, asimismo, que el art. 50 CP es terminante al establecer que "*no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos... cometidos por menores de dieciocho años de edad*", citando jurisprudencia en igual sentido.

Sostiene, en síntesis, que la errónea conceptualización que asignó el juzgador a la declaración de responsabilidad siendo menor al asimilarla a un antecedente penal, torna arbitraria la mayor culpabilidad que le atribuye al imputado en el hecho juzgado, en base a la cual agravó la sanción impuesta.

Asimismo estima que tampoco puede ponderarse la sentencia recaída en ese proceso como antecedente histórico-personal del imputado, pues ello importa una afectación al principio de culpabilidad constitucionalmente reconocido. Es que ante la conducta desplegada por D. como menor, el Estado debió ejercer su rol tuitivo, desconociéndose las razones del fracaso de las medidas de protección dispuestas a tal fin al haber obviado el Tribunal de juicio toda consideración al respecto, no obstante haber sido requerido por la anterior defensa del imputado.

Por todo ello, solicita se case la sentencia en los términos peticionados y se dicte una nueva resolución mensurando adecuadamente la pena, teniendo presente a tal fin que se trataría de la primera condena dictada en contra del imputado por lo que podría ser acreedor al mínimo de la escala penal aplicable, de conformidad con los estándares fijados por los arts. 40 y 41 del CP.

III. En lo que constituye objeto de agravio, el Tribunal a quo expuso:

"En orden a la individualización de la sanción a aplicar al acusado, tengo en cuenta en primer término la pena conminada en abstracto por la ley penal con relación a los delitos atribuidos y la pertinente escala sobre la cual corresponde mensurar la misma conforme las reglas del concurso material, la que parte de un mínimo de ocho años de prisión o reclusión y arriba a un máximo de treinta y ocho años de la misma especie de pena. Teniendo en cuenta dicha escala, corresponde considerar todas las pautas objetivas y subjetivas de mensuración de la pena establecidas por los arts. 40 y 41 del CP..." (fs. 242).

Seguidamente, ponderó como atenuantes *"...que se trata de una persona joven, lo cual facilita su tratamiento penitenciario, sus condiciones socio culturales y en especial, la confesión que realizara del nominado primer hecho al inicio del juicio, y con respecto al segundo hecho, si bien al principio lo negó, lo que motivó la convocatoria a la audiencia de debate de la propia víctima, finalmente rendido ante el espontáneo y categórico señalamiento que le efectuara en la Sala y ante el fuerte impacto que le produjo a la víctima encontrarse nuevamente frente a él, aceptó el pedido del propio defensor para que no se la siguiera interrogando y seguidamente decidió confesar abiertamente y sin objeción alguna el hecho atribuido. Dicha actitud, evitó seguir revictimizando a la joven... y al mismo tiempo al consentir que se incorporara toda la prueba ofrecida por las partes por su lectura, simplificando el procedimiento y evitando también un mayor e innecesario desgaste jurisdiccional. También, y en relación a este hecho segundo, tengo en cuenta el reconocimiento público de su error cuando haciendo uso de la última palabra dijo: "Que reconoce que se equivocó", actitud ésta que, sumada a su anterior confesión, implica un primer paso en el camino hacia su resocialización, más aún cuando ese gesto, proviene de una persona joven que se "animó a confesar" este tipo de hechos que, por sus características de afectación a un bien jurídico que protege aspectos tan íntimos del ser humano como son su integridad y libertad sexual, generalmente... suelen no ser asumidos por sus autores al saber que causan un mayor rechazo en nuestra sociedad y en el ambiente carcelario, por lo que estas actitudes deben también ser debidamente consideradas a la hora de justipreciar adecuadamente la pena a imponer..." (fs. 242 vta.).*

Como agravantes, valoró *"la naturaleza de los hechos que se le atribuyen, las circunstancias y modalidades de su ejecución, en la que desplegó su accionar, en ambos hechos con las facilidades que le daba la nocturnidad y concretamente en el segundo al ser ejecutado contra una joven que se dirigía a cumplir con sus obligaciones laborales. También*

tengo en cuenta en su contra, que el acusado no se trata de un primerizo en la actividad delictiva, ya que registra condena anterior como menor por delitos contra la propiedad, como es la que le impusiera por sentencia n° 35, la Excma. Cámara Once en lo Criminal, cuando fue declarado co-autor de Robo Calificado por escalamiento en grado de tentativa y co-autor de Robo Calificado por escalamiento, en concurso real..." (fs. 242 vta./243).

En base a estas consideraciones, estimó justo imponerle la pena de nueve años y diez meses de prisión (fs. 243).

IV.1. Jurisprudencia reiterada de esta Sala sostiene que la facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y no es revisable en casación salvo el supuesto de arbitrariedad (TSJ, "Gutiérrez", S. n° 14, 7/7/88; "Ullua", S. n° 4, 28/3/90; "Farías", S. n° 69, 17/11/97; "Grosso", S. n° 215, 31/08/07; "Suárez", S. n° 31, 10/3/08; "Barrera", S. n° 154, 10/6/10; entre muchas otras).

Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, relativo a las facultades discrecionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (TSJ, Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/5/99; "Tarditti", A. n° 362, 6/10/99; "Bertoldi", S. n° 3, 14/2/2001; "Defago", S. n° 133, 23/12/2004; entre otras).

Configura una variante de la arbitrariedad la valuación positiva o negativa irracional de las circunstancias objetivas y subjetivas seleccionadas por el Tribunal de juicio para la determinación del monto de la pena. Es que, en tales supuestos, el *a quo* utiliza irracionalmente sus facultades discrecionales y ese vicio se presenta con tal evidencia o palmariedad que es apreciable por el tribunal de casación (TSJ, Sala Penal, "Reyes", S. n° 2, 12/2/10; "Guzmán", S. n° 88, 3/4/10; "Vegas", S. n° 279, 20/10/10).

2. En el caso, el recurrente atribuye la arbitrariedad de la pena a la valoración, como antecedente penal, de la declaración de responsabilidad dictada en contra del imputado en una causa penal juzgada cuando era menor.

Ingresando al tratamiento de este agravio, adelanto mi opinión en sentido favorable a las pretensiones del recurrente. Doy razones:

a. Reiteradamente esta Sala ha señalado que no corresponde considerar como circunstancia agravante la existencia de conductas calificadas como delictivas sobre las que no recayeron condena, habida cuenta que ello constituiría una clara vulneración del principio constitucional de inocencia, por no existir sentencia firme que se expida sobre la responsabilidad penal del enrostrado en relación a dichas imputaciones (DUDH, 11; CADH,

8º, párr. 2do.; PIDCP, 14 en función del art. 75 inc. 22 CN; C. Prov., 39; CPP, 1; TSJ, Sala Penal, S. n° 132, 16/11/99, "Querrela formulada por Clara Bomheker c/ Isaac Jacobo Plotnik"; "Cornejo", S. n° 124, 18/12/03; "Rodríguez", y S. n° 241, 20/9/07; "Alaminos", S. n° 145, 10/6/08).

b. La sentencia declarativa de responsabilidad penal dictada contra un menor no se equipara a condena y no debe ser ponderada como tal a los fines de la individualización de la pena.

La situación de aquella persona que ha cometido un delito cuando era menor es singular, pues para ella rige una regulación especial, en relación a la establecida para el adulto, que introduce una serie de institutos específicos en aras de su protección (TSJ, Sala Penal, "Moreira", S. n° 11, 5/3/99; "Nadal", S. n° 8, 1º/3/02).

Uno de los regímenes específicos del derecho penal de menores, establece que una vez declarada la responsabilidad del imputado, luego que éste haya cumplido los dieciocho años de edad y un tratamiento tutelar no inferior a un año (prorrogable en caso de ser necesario), el Juez de Menores debe pronunciarse sobre la necesidad o no de imposición de una sanción y, de acoger esta segunda alternativa, sobre la posibilidad de reducir la escala penal prevista para el delito según conforme a las pautas previstas para la tentativa, para lo cual habrá de atender a la valoración conjunta de la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, la impresión directa que haya recogido y el resultado del tratamiento tutelar (art. 4º de la ley 22.278), cuya finalidad es proteger y reencausar al menor para que pueda desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad (GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., "Tratamiento tutelar (art. 4º de la ley 22.278). Conceptualización jurídica", Foro de Córdoba, Año IV, n° 20, 1994, pág. 41; Id. Autor, "Necesidad de la pena en el régimen aplicable a menores eventualmente punibles", Foro de Córdoba, Año XII, n° 69, 2001, pág. 56; TSJ, Sala Penal, "Tapia", S. n° 106, 30/10/03).

Todo ello se explica, porque el derecho penal juvenil se encuentra fuertemente orientado por el principio de mínima suficiencia, a punto tal que el tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad -o bien el cumplido previamente a la sentencia-, conforme a una interpretación progresiva de los derechos humanos, configura un instituto de *probation* del que se hace depender la imposición de la pena, atendiendo a su resultado y al modo en que se conjuga con otras variables –modalidades del hecho, antecedentes e impresión directa recogida por el juez- en orden a establecer la peligrosidad delictiva del menor, como

pauta de estimación de su necesidad en el caso concreto (TSJ, Sala Penal, "Coria", S. n° 115, del 29/9/06).

La sentencia declarativa de responsabilidad penal dictada en contra de un menor es un presupuesto para la imposición de la pena (art. 4, inc. 1° ley 22.278, art. 70 de la ley 9053) pero no se equipara a sentencia condenatoria toda vez que, aunque se pronuncie afirmativamente sobre la participación del menor en un hecho delictivo, no persigue un fin punitivo sino sólo abre una instancia anterior a la imposición de una pena -el tratamiento tutelar-, con fines resocializadores, luego de la cual recién será evaluada la necesidad de imponer o no una sanción penal, dictando la correspondiente condena o absolución.

En el caso, no habiéndose impuesto pena alguna ni expedido el Juez de Menores sobre el resultado del tratamiento tutelar, no es posible ponderar la sentencia declarativa de responsabilidad penal como circunstancia demostrativa de una mayor culpabilidad pues no existe parámetro alguno a partir del cual pueda sostenerse que el imputado ha demostrado, con la comisión de este nuevo delito, un menosprecio por una pena sufrida que justifique un mayor reproche en este hecho. Tampoco cabe predicar que esa conducta anterior -sobre la cual no se efectuó reproche penal alguno- evidencie un mayor grado de peligrosidad delictiva, pues tal valoración correspondía la hiciera el Juez de Menores y en su caso que aplicara una pena.

Por todo ello, estimo que la valoración efectuada por el sentenciante al individualizar la pena, en cuanto consideró como circunstancia agravante de la pena una declaración de responsabilidad penal del imputado cuando era menor que no derivó en condena, resulta arbitraria y debe ser anulada.

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde:

I. Hacer lugar al recurso de casación deducido, y en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta a S.A.D. (art. 18 CN, 155 C. Prov. y 413 inc. 4° CPP).

Las particularidades del caso, y razones de economía procesal, tornan innecesario reenviar la causa para que el Tribunal de origen renueve parcialmente la sentencia, habida cuenta que el nuevo decisorio, por aplicación del principio de la *reformatio in peius*, no podrá tener en cuenta circunstancias agravantes no contempladas anteriormente (TSJ, Sala Penal, "Villagra", S. 148, 3/11/06).

En consecuencia, y atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes citadas en el punto III. de este decisorio -a excepción de la declaración de responsabilidad penal erróneamente ponderada como condena previa- estimo justo imponer al imputado la pena en nueve años y cinco meses (CP, 5, 9, 12, 40 y 41).

II. Sin costas por lo actuado en esta sede, atento al éxito obtenido (CPP, 550/551).

Así voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, la razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de casación deducido, y en consecuencia, anular parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena impuesta a S.A.D. (art. 18 CN, 155 C. Prov. y 413 inc. 4° CPP).

En su lugar, corresponde, sin reenvío, modificar la pena de nueve años y diez meses de prisión impuesta en el fallo impugnado, fijándola en nueve años y cinco meses de prisión (CP, 5, 9, 12, 40 y 41).

II. Sin costas por lo actuado en esta sede, atento al éxito obtenido (CPP, 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.

